



論
説

自治体の裁量権をめぐる若干の問題 (二)・完

小林 武

- I はじめに——自治体の自治権と裁量権
- II 国との関係における自治体の裁量権の保障
 - 一 自治体の条例制定における自主性
 - (一) 条例の対象事項の問題
 - (二) 条例と法律との関係の問題
 - 二 地方自治権にもとづく法執行と自主的法解釈
 - (一) 自治体の法治行政——「要綱行政」にふれて
 - (二) 自治体の自主的法解釈権 (以上、一六卷三「四号」)
 - 三 自治体の積極的活動の根拠
 - (一) 自治体の裁量権の憲法的保障
 - (二) 自治体の積極的施策の必要性・適切性——その弁証の試み
- III 自治体の裁量に対する民主的統制
 - 一 憲法・法律による統制
 - (一) 憲法による自治体政治の統制

(二) 法律との関係

二 住民による統制

三 「自治体憲法」への展望

IV 自治体の裁量権と国の裁判所——むすびにかえて

- 1 国の裁判所に求められる自覚と自戒
- 2 国家法代替条例に対する司法判断のあり方

三 自治体の積極的活動の根拠

本稿の(一)(本誌前号)で取り上げて検討した問題領域は、いずれも代表的な、従来より多く論じられてきたものであるが、自治体の立法・行政双方にわたる裁量権を国との関係という側面から観察したとき、この裁量権は、憲法によって直接保障された自治権によって支えられたものとして、住民の権利実現のために積極的に行使されることが求められているものであることを、改めて確認することができる。それでは、そうした内容をもった自治体の積極的な立法・行政活動を要請し、ないしはその根拠となるものは何か。その点を立法裁量、とくに条例制定の場合のそれに代表させて、整理して示しておこう。

(一) 自治体の裁量権の憲法的保障

このテーマの検討にあたっては、自主立法の定立、とくに条例の制定について国の法律との関係で定型的に制定不可能な条項は僅かしかいないことに留意しておきたい。条例制定の範囲ないし限界については、それを一般的に論ずることは、国の立法政策による地方自治の抑制を招来することが避けられず、したがって、右範囲・限界は個別

的・具体的に画定されるべきである。⁽¹⁾ 憲法の保障する地方自治権（住民自治にもとづく団体自治）の観念は、そのような解釈態度を要請しているといえる。

すなわち、日本国憲法にもとづいて存在する地方自治体は、憲法上、原理的には、国と横並びの関係で（同じ平面上に）位置づけられた統治団体であつて、その立法・行政上の施策遂行の裁量権は、国に対する関係では、可及的に広く確保されるべきことになる。たしかに、——立法に限つて述べるが——このようにして国との関係で自治体法の自主性を広く承認することに対しては、各自治体住民の法環境に差異を生じ、また、法体系全体のいわゆる「多様化・流動化」の状況を招くものであるとの批判が向けられようが、それが住民の人権侵害や住民相互間の不合理な差別を生じさせるものでない限り、許されるべきものであつて、さらには、もともと、自主立法権を各自治体に保障すること自体、こうした状況を積極的な意義をもつものとして承認することを含意していたはずである。自治体立法の全国的統一性を強調する議論は、画一的な条例の少なからぬ実例が示すように——たとえば現下各県でその制定が進行しつつあるいわゆる「拡声機規制条例」を見よ——結果的に地方自治の形骸化をもたらすものであるといわなければならない。

(二) 自治体の積極的施策の必要性・適切性——その弁証の試み

(一) 本稿は、すでにしばしば言及したように、自治体が住民の権利保護のためにする裁量権行使は、その自主性が最大限に保障されるべきであるとの見地に立つ。これは、日本国憲法の示す当然な結論であり、多くの論者の共有するところのものである。そして、その根拠は、地方自治体が、当該地域の住民の権利の保障ないし福祉の実現に直接責任を負う政治主体であるところに求められる。近時の学説は、たとえば、次のようにいう。「地方自治行政は、行政一般のなかでも、とりわけ、住民福祉に直接責任を負うべき作用である」⁽²⁾、また、自治事務の固有性に

関連して、いう、「地方自治事務たることの条理的根拠として、行政需要に地域差があることのほか、より根本的に、地方自治の本来的目的をなす住民の生存権保障に現実に必要な〔ものが〕自治体行政であるということが、顧慮されなければならない」と。

本稿も、こうした観点を共有するものであるが、ここでは、さらに、何故に地方自治体こそがこの課題を担わなければならず、また担うに適しているのかという、国との関係において自治体立法権が積極的に行使されるべき必要性・適切性について考えようとしている。それは、自主行政権に堪してもあてはまるものであつて、そうした作業は、一般化すれば、地方自治の存在理由を検討することを意味するであらう。

(二) すなわち、すでに、とくにフランス革命初期の状況を素材にした研究が明らかにしているように、地方自治の原理は、少なくとも近代立憲主義憲法においては、地方のあり方をめぐる諸矛盾の解決、統一的国民国家の形成とのための「国民」主権・「国民代表」の理念の貫徹等々にかかわる様々の要因によつて、原理として確立しえなかつた。⁽⁷⁵⁾ たしかに、地方自治の原理は、近代国家において普遍的とされている権力分立、議会主義、人権保障等の諸原理と対比して、不安定で脆弱なものであり、地方自治が憲法典上に明示的に規定されることは決して多いとはいえず、規定されている場合にも、その原理的意義は、たとえば、住民主権に地方自治権の本質を見出す見解と、「国」（中央政府）の民主化の度合いに応じて地方自治の意義は少なくなるとの見解との間には根本的相違があることから判明するように、自明の一義的な価値をもつものとして理解されていたわけではなかつた。

そこで、現代における近代立憲主義の変容を前提にして、現代立憲主義の観点から地方自治保障の必然性を弁証することが課題となる。論者は、現代国家の諸特徴のうちテーマとかわつて次の三つの指標、すなわち、国民主権および代表のあり方についての人民主権的理解、国民代表議会の機能不全状況、および、積極国家・福祉国家への性格変化、を取り上げ、この指標を基点として、何故に現代において地方自治の保障が必然となるかの論証を、

次のような形で積み重ねていく。すなわち、人民主権原理は中央政府の民主主義化を要請するものであるが、そうだとすれば、「中央における民主化と並んで、場合によってはそれと対抗する立場を保障しようとする地方自治を、何故に同じく人民主権の原理に基づいて保障しなければならないかについてさらに検討しなければならない」^(76'a)。そこで、中央の議会が国民各層の利益と意思を不十分にしか代表していない衰退状況にあるという歴史的現実認識が問題となる。もちろん、こうした認識から直接、論理的に帰結されるのは、機能不全から脱却するには議会自身が改革されなければならないという結論であるが、それとともに、地方自治が中央政治の不十分さを補完・補充する役割を果たしえ、また現に果たしていることがわかる。そして、この補完の役割が何故に地方自治体に求められるかを考えるとき、ひとつに、国民各層との矛盾を孕んだ議会を含む中央国家に対する抵抗の拠点としての意味を自治体が担うに至っていること、またひとつに、そのような中央国家への権能の集中を排除するための理念である垂直的権力分立において地方自治体が重要な位置を占めていること、を指摘することができる。ただ、こうした指摘は、中央政府の「不十分さ」の認識に立って地方自治体の「補完」機能を見る観点から出た結論にとどまるものであって、現代憲法の公理に立ち返って地方自治の存在理由を探ろうとすれば、補完機能を超えて、「地方自治の保障が、人権と民主主義の具体化にとって何故に必須であるかの論証に進まなければならない」^(76'b)。そこでさらに、現代国家が積極国家として担うべき課題の広範・多様さに着目することになる。もちろん、それら課題についても、中央国家は、これを憲法原則に即して遂行しなければならない。しかし、中央政府がそれを国民意思を十分に反映させないままに、ましてやそれと矛盾する形で、またとくに、地域的特性を配慮することなく一律に遂行するときには、地方自治体はこれに抵抗して住民の権利擁護にあたるという、地方自治の存在意義が発揮されるのみならず、その場合に、自治体は、右の「抵抗」に加えて、ないしはそれを超えて、地域住民の生活と権利を確保・実現するための施策を積極的に定立・実施していくという「創造」の役割を発揮することが求められる。そして、

この課題の実現は、各地方・地域の特性に応じて多様になされなければならない、そこから、施策の「多様性」を可能にする地方自治の視角が要請されるのである。^(76c)——以上のような、抵抗・創造・多様性というメルクマールは、住民の最も具体的な生活の場における自治の現実的要請として析出されたものであるが、地方自治の存在理由を弁証する有益な試みとなりうるものと思われる。また、実際的にも、すでに述べてきた「固有の自治事務」の領域画定に資しうるものとなるのではあるまいか。

(三) さらに敷衍して、わが国の現実の歴史的経緯に即していうなら、高度成長下の公害蔓延の時期において、地方自治体が、中央政府に抵抗し、さらには住民の人権保障に貢献する具体的施策を、地域の多様性に即して個別的に創出したという全国民的体験を経た事実注目したい。少なからぬ自治体がそのような仕事をなしえたのは、とりもなおさず、自治体こそ、住民の最も近くに位置し、その置かれている実情を最もよく知り、それに最も即した行動をとることのできる存在であるからではないか。とすれば、もともと特定の歴史的時期と具体的場所における国民の生きた要求にもとづいて成立した人権について、その保障の要求にまずもって応えるべきものは、要求する者の最も近くに、すなわち場所的・時間的「現地」に存在する自治体であると一般化することができよう。⁽⁷⁷⁾このような、いわば場所の論理ないし現地主義（現地性の原則）にもとづいて地方自治の存在理由を弁証する仕方は、個別の人権に即した証明作業を後の課題とするものではあるが、基礎的であるがそれゆえに鞏固な事実を指摘するものとして、今後の議論に対してひとつの示唆を提供するものであるといえるであろう。

なお、ここで留意しておきたいのは、以上の所論は、決して、地方自治体の政治は常に住民の権利保障に篤く、それゆえ自治体の権能強化がそのまま国全体の民主主義の促進をもたらすという、その意味での地方自治万能論の考え方を採るものではない、ということである。地方自治体の政治が住民の権利保障に逆行してなされている事实は枚挙にいとまのないほどであり、またそれにかんしては、後にも触れるように、むしろ国の法令による自治体行

政に対するコントロールの中に民主主義的契機を見出すようなケースさえある。それゆえに、われわれは、「わが国における民主主義の実現を国民の人権保障の観点から国政と自治体政治の相関関係において見直」⁽⁷⁸⁾す姿勢を常に保持していることが不可欠であり、こうした基本的観点を土台にして、人権保障における地方自治の独自の意味ないし存在理由を考察するのではない。

註

(71) 参照、兼子・註49二二三頁。

(72) 原田・註13一五四頁。

(73) 兼子・註49二二〇頁。

(74) 河合義和『近代憲法の成立と自治権思想』(一九八九年・勁草書房)が代表的である。

(75) こうした概括および以下の指摘は、山下健次「地方自治の憲法的保障の意義」(註2共著の序章)に拠る。

(76) 同右一六一二五頁。a——一七頁、b——二〇頁、c——二三頁。

(77) 山下健次「地方自治の本質・存在理由の検討方法」公法研究四三号(一九八一年)一八三—一八四頁。なお、私見については、参照、註2一一八一—一九頁。

(78) 室井・註50二〇三頁。

III 自治体の裁量に対する民主的統制

一 憲法・法律による統制

(一) 憲法による自治体政治の統制

(一) 自治体の活動ないしその意味での自治体政治は、いうまでもなく、根本において、憲法によって方向づけられ、また制約を受ける。この憲法的統制は、もとより、自治体の立法裁量・行政裁量双方に向けられるものであるが、立法裁量に代表させて論じることと差支えなからうから、以下では、ほぼそのようにしたい。

さて、この場合の憲法は、主権者としての住民が確定した規範を意味するから、理論的には、日本国憲法のほか、各自治体ごとの実質的憲法がそれに含まれる。もっとも、現実の法制度上は、日本国憲法のみがそのようなものとして存在しており、自治体はそれに拘束されて立法を行なう。

この、立法裁量に対する憲法による統制の問題は、主として、やはり国のレベルでの立法裁量をめぐって議論されてきた。すなわち、国の立法裁量の範囲にかんして、「立法裁量に積極的な要素・消極的な要素」⁽⁷⁹⁾、あるいは、「立法裁量の広い適用・狭い適用・不適用」⁽⁸⁰⁾ などという形で論じられてきたが、いずれにせよ、立法権および司法権、とくに違憲立法審査権それぞれの本質ないし機能をいかに考えるかが中心的な論点になっているわけである。自治体の立法裁量にかんしては、本稿で一貫して述べているように、国に対する地方自治の主張と国の自治体に対するコントロールとの間の緊張関係の中でこれを論じなければならないから、それをふまえた上で、右の論点を取り上げられることになろう。

その場合、とくに、住民の規範的意思の表明とみなしうる憲法の、各条項の規定の仕方、ないし、とりわけ人権保障規定の価値序列によって立法裁量のあり方が認識される点が注目されなければならない。すなわち、すでに先行業績が国レベルの立法裁量問題について論じたところであるが、憲法がかなり明確な概念で定めている場合（たとえば、「拷問」「自由」「逮捕」「検閲」「投票の秘密」「奴隸的拘束」「平穏な請願」「通信の秘密」「華族その他貴族の制度」など）、立法裁量の範囲は極めて狭く、逆に、いわゆる不確定概念ないし多義的概念を用いている場合（「公共の福祉」「地方自治の本旨」「個人として尊重」「正当な補償」など）は、裁量にかなり幅がある。そして、基本的人権については、本来、原則として制約しない趣旨であるとの理解に立ちつつ、経済的自由の規制の場合は、かなり広い立法裁量が認められるが、精神的自由を規制する立法については、裁量の範囲は極めて狭い、とするものである。こうした観方は、本報告においても先に一部述べたように、自治体レベルの立法裁量にかんしても、基本的に妥当するものとみて差支えないであろう。

(二) これをめぐつてとくに取り上げておかなければならないのは、これまで現実には、これまで現実には、違憲と評価されるべき法が条例の形態で少なからず制定されてきたことである。すでに、論者⁽⁸²⁾によって、条例の本来の趣旨はチャーター（後述）的な、地方主権の色彩の濃い民主的性情のものたるところにあるが、それは理念型にすぎず、現実態としての条例は、立法過程における中央官庁との関係や地方自治体の立法能力の限界から、委任立法としての性格を強くもっていることが指摘されている。ここで取り上げているのもそうした問題であって、典型的には、いわゆる公安条例、青少年条例、さらには今日各地でその制定が進行している拡声機条例などに、その例を見る。これらの条例は、いずれも憲法の許容する範囲を超えて住民の精神的自由を規制する点で法内容自体が違憲であることのほかに、はたして地方に固有のものとして自治体ごとに定められるべき自治立法にふさわしいものであるのかという、制定の手法・手続の面で地方自治のあり方に深くかわる問題を孕んでいると思われる。

すなわち、まず、公安条例の場合——これは周知の事柄なので詳細な説明は不要であるが——最高裁の一貫した合憲判決にもかかわらず、下級審においてはこれまでに違憲判決が少なからず出されており、学説も、多くその憲法二一条適合性に疑問を投げかけてきた。その成立についても、地方自治体の自発的意思にもとづくものではなく、占領下に、GHQがモデル条例案を示して自治体に制定を指示し、その下で都県レベルから市町村に至る多くの自治体で制定されたという経過が認められる⁽⁸³⁾。

次に、青少年条例（「青少年保護（または健全・育成条例）」などの名称をもつ）は、通例、青少年の健全育成・保護をはかるとの立法目的を掲げ、青少年に有害と認定した映画その他の興行、図書を取締り、また、青少年に対する「淫行」を禁止し、それらを処罰する内容のものであり、最近では、とくにいわゆる「成年コミック」（ないし「ポルノ・コミック」、「セックス・コミック」）の規制に照準を合わせた改定が進行中である⁽⁸⁴⁾。有害図書規制をめぐって、最高裁は合憲とするが、指定基準が不明確であること、成人向け販売をも禁止する結果になること、検閲として運用される危険があること等、憲法上の疑問点が多い。「淫行」禁止についても、最高裁判決は右概念の限定解釈が可能であるとして合憲と判断しているが、精神的自由規制立法については限定解釈の手法はなじまず、法令違憲とすべきであるとの意見が強い。この条例の制定をめぐることは、政府は、当初、青少年保護育成法の立法を考えていたのであるが、世論の反対に遭って国会提案を断念し、同法案の内容を盛り込んだ一律の条例を全国的に制定する途に転じた、という経過がある⁽⁸⁵⁾。つまり、この場合も、自治体主導の制定ではないことが確認されるのである。

そして、此度の拡声機条例（「拡声機の使用による暴騒音の規制に関する条例」などの名称をもつ）であるが、現在一七都県（宮城・山形・福島・群馬・東京・神奈川・静岡・石川・岐阜・滋賀・奈良・和歌山・兵庫・岡山・佐賀・長崎・熊本）で制定されているもので（東京都は一九九二年一〇月八日に制定）（さらに、愛知県で一九九三年七月五日制定——追記）、その内容は、標準的なものとされる宮城県条例によれば、「地域の平穏を保持」するとの目的（二条）を掲げた上で、拡声機使用

による音量が一瞬でも八五デシベルを超えたとき（これを「暴騒音」と呼ぶ）（三条）、警察官に、拡声機使用の停止を命ずる権限（四条）や拡声機のある場所に立ち入って、必要な物件を調査し、関係者に質問する権限（六条）を付与し、右使用停止命令の違反者は懲役または罰金、立入り・調査を拒否・妨害・忌避した者は罰金に処する（九条）ことを定めたものになっている（東京都の場合、規制がより強化されている）。こうした内容のものであつてみれば、言論・表現の自由の優越的地位に照らして、次のような点が指摘されてしかるべきこととならう。すなわち、「地域の平穩（静穏）」とする条例もある「保持」という抽象的に過ぎる法目的の下に、場所・時間・目的を問うことなく一律に規制するものであるため、必要最小限度にとどまらない過度に広範な規制となり、また、結果として民主主義政治に不可欠な言論活動の価値を低下させ、さらに、正当な政治活動・言論活動を警察の監視下に置くことによつてその自由が萎縮する、等の点である。⁽⁸⁸⁾そして、この条例の場合も、制定の動きは、中央の主導の下に進んでいることが指摘されている。すなわち、警察の指導によつて組織された「住民運動」が条例制定の請願や陳情をするこゝとで条件を整えるという経過が各地に共通しており、また警察幹部が請願・陳情の紹介議員を勧誘している事実や、警察が議会の与党議員に周到な根回しをし、条例案を提案するやごく短時日のうちに成立を図るという状況がみられる。⁽⁸⁹⁾警察（とくに警察庁）主導の色彩が極めて濃厚で、そのために、各都県ともステレオタイプの条例となつていのである（今後は、規制がより強い東京都条例への追隨が生ずるかも知れない）。

(三) これらの条例群のもつ問題性は、人権の憲法的保障と地方自治の保障との双方にかかわっている。三者とも精神的自由に対する規制立法であるが、いずれも、今述べたとおり、内容上、憲法による統制を逸脱するものとなっている。そして、そもそも、これらの条例において規制対象とされているものはすべて、全国一律に扱われるべき性格のものであつて、地方自治体ごとの条例で定められるべき事項ではない。規制の必要があるとすれば、法律の定立によつて対処すべきものである。また、仮に、合理的な根拠に立つて地域ごとの規制を行なう場合で

も、われわれの理解（II（二）参照）からすれば、道路交通法や警察官職務執行法などの国法が定める規制を最大限度として、条例を制定するものでなければならぬはずである。

それにもかかわらず、憲法上の人権保障の要請を無視・誤認し、かつ国の法律の定める限度を超えた、精神的自由に対する規制を条例で定めるのは、とりもなおさず、こうした類の規制を法律の形で定めることがその内容上の問題の大きさゆえに困難であるからにほかならない。つまり、立法過程が比較的長期かつ重層的で、また全国的世論の監視の下にある国会での法律制定の方途を回避して、手続が相対的に容易で、世論の批判も限られたものである地方議会での条例制定の方法が選択されたにすぎないのである。これは、実質的には、国による自治体の立法権の篡奪、ないしは自治体による自己の立法権の国への譲渡を意味しよう。換言すれば、この事態は、国の立法政策による自治体の地方自治権の侵害であるとともに、自治体の立法裁量の、憲法の枠を逸脱した踰越・濫用でもある。憲法による自治体の立法裁量に対する統制は、右の両側面を視野に入れつつなされることが求められる、といわなければならない。そして、その役割を担うものは裁判所であるが、その役割遂行上の問題については、本稿の最後（IV）でふれることにしよう。

（二）法律との関係

地方自治体の立法裁量・行政裁量と国の法律との関係は、本稿でもすでに述べてきたように（II（一）、（二）、主として、国に対する自治体の地方自治権の主張の場面、つまりは国の地方自治体に対する・法律による規制の範囲を論ずるところで問題とされるものである。が、同時に、法律が国民代表議会の作品である側面に注目して、そこから逸脱した条例に対して有する法律の民主的統制機能を取り上げておくことに意味のある場合もありうる。とくに、法律中に、条例への委任を定めた規定が（必ずしも十分な水準においてでなくとも）憲法上の原則を具体化した内容

のものとして設けられていて、そのもとで制定された条例が同規定に反している場合、この条例は同法に違反するものとして排除されるべきことになる。こうした状況は、たとえば、地方議会選挙の議員定数を定める条例と公職選挙法との関係において生じるものであるが、これは、憲法原則を充填した国の法律による自治体政治に対する民主的統制の局面であると捉えてもよいと思われるので、ここで、補足的にのみ言及しておきたい。

現行公職選挙法は、都道府県議会議員の選挙にかんして、選挙区ごとの定数を「人口に比例して」定めること（二五条七項）。ただし、特別の事情があるときは「おおむね人口を基準」として定めることができる（同項但書）を条例に委任した上で、いわゆる特例区（二七一条二項）を条例で設けることができるとしている。（なお、その外にも、同法は、強制合区（二五條二項）・任意合区（同条三項）を条例事項とし、また、地方自治法（九〇条一項）が、総定数を定めた上で、その減員措置を条例に委ねている。）これをめぐる最近のケースであるが、愛知県の定数条例によれば、県内で特例区とされている二選挙区（北設楽郡および南設楽郡）の議員一人当たりの人口は、県平均のそれに比べて約三％であり、一票の格差は、この両特例区を含むと、八五年国勢調査で四・七〇倍（九〇年国勢調査では五・〇二倍）となっていた。これをめぐる選挙無効訴訟において、一九九二年八月の名古屋高裁判決は、右特例区は配当基準が三分の一を下廻るため合理性がなく、本件条例の定数配分規定は公選法一五條七項に違反して違法であるとしたものである（ただし、事情判決）。

これにつき考えるに、もともと、公選法の右に挙げた諸規定自体が憲法上かなり問題のあるものであり——すなわち、選挙区の人口が議員一人当たりの人口に達しないときには合区すべしとする一五條二項は、一票について三倍程度の格差を許容するものであり、また、特別の事情のある場合には非人口的要素を加味することを認める一五條七項但書は、条例によって恣意的に定数を定めることに途を開き、いわゆる逆転現象を生み出すものである等——、また本判決も、投票価値の格差の許容限度について、最高裁が衆議院議員定数訴訟にかんする判断の中で示

したとされる「三分の一」説を地方議会選挙にあてはめただけのものであって、学界の通説の立場からは批判の対象とされるべきであろう。こうした点に留意した上であるが、それでもなお、本件条例の配分規定の違法が、人口比例配分の原則を定める公選法一五条七項本則に違反するという形で宣明されていることには注目してよい。右条項は、投票価値の平等を命ずる憲法一四条、四四条等によって意味充填されたものとして存在しており、そのようなものとして、自治体立法者の定数配分条例の制定の際の裁量を統制しているのである。

なお付言するに、地方自治体の選挙にかんして、現行法律（公職選挙法、地方自治法）は、以上にもその一端を紹介したように、詳細かつ拘束的な定めを置いているわけであるが、地方自治の原理に立ち戻って考えるとき、疑問とせざるをえない。憲法が、自治体の自主組織権に対する国の、これほどまでに広範かつ強い程度の関与を認めているとは解しがたいからである。ただ、立ち入った検討は後の課題としたい。

註

- (79) 覚道豊治『立法裁量と行政裁量』公法研究四一号（一九七九年）一七三頁以下。
- (80) 戸松秀典『立法裁量論』『現代国家と憲法の原理』（一九八三年・有斐閣）一九五頁以下、同「判例にみる憲法訴訟論」ジュリスト八三五号（一九八五年）六二頁以下。
- (81) 覚道・註79一七六—一七八頁。
- (82) 園部逸夫「条例における罰則」別冊法学教室『憲法の基本判例』（一九八五年）二〇七頁。なお、同論文は、「条例の現実態」を指摘した文献として、有倉遼吉『公法における理念と現実』一九頁以下を挙げている。
- (83) たとえば参照、樋口陽一ほか『注釈日本国憲法』上巻（一九八四年・青林書院）四四四—四五二頁（浦部法穂執筆）。制定経過については四四四—四四五頁。
- (84) 参照、松井茂記「青少年保護育成条例による『ボルノ・コミック』の法的規制について」(一)自治研究六八巻七号（一九九二年）六八—七〇頁。さらに、この状況を伝える資料として、『創』一九九二年八月号も有益である。
- (85) 最判一九八九・九・一九刑集四三巻八号七八五頁。

(86) 最大判一九八五・一〇・二三刑集三九卷六号四一三頁。

(87) これについては、中村泰次「条例規制と表現の自由——戦後の変遷をたどって」法律時報増刊『青少年条例』(一九八一年)一二頁以下。また、有害図書規制の場合は、総理府および警察庁の主導であったことが指摘されている。参照、松井・註84六八頁。

(88) 参照、一九九二年六月一二日に出された、四八名の署名による「東京都拡声機規制条例問題に関する憲法研究者の意見」。

(89) 参照、同右のほか、谷田豊一「拡声機規制条例と憲法」月刊憲法運動二二三号(一九九二年)一四頁。

(90) 名古屋高判一九九二・八・五判例集未登載。

二 住民による統制

自治体の政治は、地域の主権者としての住民の意思によって、すなわち住民自治の原則にもとづいて行なわれるべきであるから、自治体の立法・行政における裁量は、当然に住民による統制を受ける。ましてや、近時においては、これまでも言及したとおり、住民は、自治体政治のあり方を厳しく問い、同時にその役割に期待して様々な要求を自治体に向けている。ここでは、そうした状況を念頭に置いて、自治体の裁量に対して住民のする統制、ないしは住民要求より出る統制の要素にかかわるいくつかの問題を取り上げておきたい。

(一) まず、本稿でこれまでの記述の中でも示してきたところの、自治体の存在理由は原理的に地域住民の権利実現にあるとの見地に立つ以上、自治体の裁量権行使に対する統制のあり方は、条例制定や行政執行など、当該施策の性格・目的によって、その積極的遂行を求める統制と、その遂行が必要最小限度に抑制されることを求める統制とに分けられるべきである。

このような、裁量に対する統制の・行政領域に応じた区分は、問題となる住民の権利、とくに憲法上の人権の種

類・性格に即してなされることになる。たとえば、社会福祉行政については、自治体行政当局は自己の裁量権を、右行政を推進する方向で行使するよう統制され、逆に、先に事例的に論じた公安条例などの制定の場合は、自治体立法者は、そうしたものに抑制的に立法権を行使するよう統制を受けることになる⁽⁹¹⁾といえよう。このことを再確認しておきたい。

(二) 次に、住民が、直接、自治体の立法を法的に方向づけ、またその立法裁量を統制するものとして、条例発案制度（イニシアティブ）を取り上げておこう。

わが国の現行法上のもの（地方自治法一二条、七四条）は、住民投票を伴わない不徹底さをもつが、長や議員が住民の要求する条例案を議会に提案しない場合に、住民に直接議会の立法活動を促すという直接民主制的制度であり、住民主権の実質化にとつて重要な意義を有している。とくに、一九六〇年代以降の住民運動の展開の中で広く活用されるようになり、内容的にも、公安条例の廃止、公務員給与の適正化や福祉サービスの充実のための条例上の措置、消費者保護条例・環境アセスメント条例・教育委員進公選条例・原子力発電所設置可否の住民投票付託条例の制定など、多様かつ斬新な自治体立法活動を生み出している⁽⁹²⁾。もともと、制度上の制約も働いて、その採択率は低いものにとどまっていた⁽⁹³⁾が、この条例発案権が自治体の立法活動を活性化する民主的統制機能を果たしていることは、重視されなければならない。（なお、右に挙げた条例の中で、住民投票付託条例は、いうまでもなく、自治体立法権に対する住民による直接かつ拘束的な統制を実現するものである。）

右のような観点からすれば、現行法が請求対象事項から地方税の賦課徴収や分担金・使用料・手数料の徴収にかんするものを除外していること（地方自治法七四条一項）は、合理的理由に欠け、その撤廃が求められることになる。また、住民代表が署名収集をするために長に対して代表者証明書交付申請（地方自治法施行令九一条）をした際に長がこれを拒否するという運用がなされることがあるが、それは、請求にかかる条例案の適否の決定は議会の事項

であることにかんがみるなら、長側の越権であり、許されるべきではない⁽⁹⁴⁾。さらに、地方自治法上具体化されたこの制度について、たんに法政策に委ねられたものとしてこれを廃止することも憲法に反しないと考えることは正当でなく、むしろ、現行制度を住民主権と住民の人権保障の理念に即して拡大・充実させることこそ、憲法の要請するところといわなければなるまい。

(三) さらに、自治体の行政裁量に対する民主的統制という観点から、住民の「行政介入請求権」⁽⁹⁵⁾、いわゆる「裁量のゼロへの収縮」の問題に論及しておきたい。

従来、行政が裁量権を有する限り、国民は、行政がそれを行使しない場合でも、その発動を請求する権利をもたないものとされ、この理は自治体行政についても同様であると考えられてきた。こうした理解の論拠とされた主なものは、反射的利益論および行政便宜主義論であるが、今日では、行政活動の目的が公益実現にとどまらず国民個々人の権利利益の保護にもあることが認識され、また行政裁量の限界が承認されるようになって、右の論拠は成り立ち難いものといわなければならない。そこで、特定の場合には行政庁の権限不行使の裁量の幅は収縮し、極限状態では遂にゼロにまで収縮して、行政庁には権限行使の義務のみが残ると解されることになった。このようにして、国民の側からすれば、行政による違法の排除請求にとどまらず、行政権の発動を求める、その意味での行政介入請求権の成立が語られうるのである。この法理は、典型的には警察的な危険防止の領域にかんして展開されてきたが、不公正な取引による財産的被害の救済の問題などにもあてはまるものであり、さらに立法不作为の場合の立法裁量のゼロへの収縮論の可能性も論じられているところである⁽⁹⁶⁾。もつとも、理論的には立法裁量と行政裁量とが、いずれも(憲)法規範の執行である点で同質的作用であることができてとしても、現実的には両者の間には大きな差異があり、行政権限が授權法により一定の狭い枠付けがなされているのに対し、立法作用は本質的に政治的創造の過程であるから、それに伴う裁量権には、行政作用の場合に比べ、質量ともに広範なものが必要とさ

れることが認められよう。⁽⁹⁷⁾

そして、地方自治行政は、国の行政にもまして、住民の権利利益の確保に直接責任を負ってなされるべきものであるから、自治体がその権限行使を懈怠する場合には、関係住民に右権限行使を請求する権利が認められる必要性はとくに大きいと考えなければならぬであらう。⁽⁹⁸⁾

(四) 最後に、自治体の立法・行政裁量に対する住民による統制を実質化するための前提となるものに触れておきたい。この前提条件として論者が揃って筆頭に挙げるものは、情報公開制度の確立である。住民は、その自治体のどこにどのような問題があり、その解決にはいかなる手段を用いるかについて客観的で公正な資料・情報を得ているのでなければ、自立的に政治過程に参加することができない。このことが、今日、多くの自治体における情報公開条例の制定を促すものとなっている。

また、この情報公開を前提にして、行政過程の手続的適正化がはからなければならない。それは、法令上の規定の有無とはかわりなく、また厳密な意味での憲法上の要請としての事前手続の公正にとどまるものでもなく、政策の作成・実施過程の法的・事實的解明とそこでの住民意思の反映の仕組み全体についての適正化を課題とするものである。⁽⁹⁹⁾したがって、たとえば、いわゆる自治体計画についても、その公開と関係住民の参加を含む手続的適正が当然に求められるといえよう。

そして、自治体の裁量に対する住民による統制、とくに住民参加が本来の機能を果たすための条件について、より基本的に考えるならば、住民参加の多様な形態を生み出すに至った住民運動自身のあり方ないし質がたえず問われなければならない。本稿は、これを本格的に論ずる場ではないが、住民運動の主体が常に行政から自立したものであるべきことを強調しておきたいと思う。⁽¹⁰⁰⁾

註

(91) 参照、室井・註50六〇頁。

(92) 近時の、創意ある条例制定運動の一例として、労働基準法上の労働時間を各企業に遵守させるための自治体内の機関（仮称「労働厚生委員会」）の設置を内容とする条例の制定を請求する運動がある（東京都三鷹市の「ストップ・ザ・カローシの会」。NHKラジオ一九九二年九月二日放送による）。

(93) たとえば、参照、兼子仁『磯野弥生「地方自治法」（自治体法学全集7、一九八九年・学陽書房）一二九頁（市川須美子執筆）。なお、現下争われているいわゆる長良川河口堰問題でも、建設反対の立場からの請求については、多数住民の署名によるものであっても、関係自治体は不採択をくりかえしている。

(94) 参照、原田・註13一六四頁参照。一九六八年の東京高裁判決は、請求にかかる条例案が「条例で規定し得ない事項または条例の制定請求をなし得ない事項を内容とするものであることが一見極めて明白である」場合を除いて、長は代表者証明書の交付を拒否してはならない（一九六八・一一・二八行集一九卷一〇一八七頁）としているが、この制度の直接民主主義的意義を重視するなら、右のような限られた範囲においてであるにせよ長が実質的判断権をもつと解することは、正当とは思われない。

(95) 原田尚彦『行政責任と国民の権利』（一九七九年・弘文堂）および同・註13の用語である。この項の叙述は、後者の一五一—一五四頁を参照している。

(96) 参照、田村・註7七七頁、同「裁量のゼロへの収縮論について——判例の課題と展望」立命館法学一九八八年五・六号（二〇一一・二〇二号）二〇六頁以下。

(97) 参照、原田・註13一〇五—一一二頁。

(98) 判例においても、知事の行政権限の不行使を違法とした、いわゆる千葉野犬咬死事件控訴審判決（東京高判一九七七・一一・二七判時八七五号一七頁）などが著名なものである。より詳細な判例状況については、田村・註96立命館法学論文が有益である。

(99) さしあたり、代表的に、田村悦一「地方自治と住民参加——住民参加の法律問題」公法研究四三号（一九八一年）一九四—一九五頁参照。

(100) 室井・註50六一頁。

(101) 地方自治の主体としての住民についての小考は、さしあたり、山下・小林・註2田章二節2項（小林執筆）への参照を請う。

三 「自治体憲法」への展望

(一) 地方自治体の政治が当該地域の住民の・主権者としての意思にもとづいて行なわれるべきこと、すなわち、本稿のテーマに即していえば、自治体の立法裁量・行政裁量に対する民主的統制をたしかなものとする手だての探求は、それぞれの自治体にふさわしい形で、住民により創造されるべき憲法Ⅱ基本法の構想に行きつく。

すなわち、各地域の住民が、わが地域にふさわしい人権宣言と統治のあり方を盛った「自治体憲法」(「自治体基本法」)を制定し、それによって自治体政治を統制・嚮導しようとする発想である。たとえば、一九七三年の神奈川県川崎市の「都市憲章」制定の試みは、このイメージを鮮かに具体化したものである。^(四)もとより、こうした「成文憲法」でなくとも、各自治体の個別の条例や、また施策それ自体の中にいわば「不文」のものとして、実質的「憲法」を認めることもできるが、各自治体においてそれぞれの「憲法」の制定が進められるなら、住民は、少なくとも、民主的統制のためのより確実な手段を手にするようになる。

(二) 実のところ、早く、日本国憲法制定期の総司令部案の中に、いわゆる「charter」構想が出されている。すなわち、「第八十七条 郡、市および町の住民は、自らの(地方公共団体の)財産、事務および行政を処理する権利並びに国会の制定する法律の範囲内において、自らの基本法(charter)を定める権利を奪われることはない。」とするものがそれである。^(五)「charter」を、右のように「基本法」と訳すか、通例に倣って「憲章」とするかは別として、それは、自治体を、憲法Ⅱ基本法に準ずべきものをもつことのできる、高い水準の主体性を具えた統治団体として把握し、しかも、それを、住民投票などの直接民主主義的過程を経て定められるべきものと位置づけていたわけである。

もちろん、この「憲章」の構想は、沿革的に英米の地方自治制度における「ホーム・ルール・チャーター」のシステムを念頭に置いたもので、歴史的背景を異にするわが国の制度になじむかは問題のあるところである。とはいえ、それは、実体的には、住民の主権的地位を重視し、手続的にも、住民により直接に制定されるものとして構想されたものである点で、今日なおその意義を失っていないというべきであろう。^(四)

(三) 「自治体憲法」を展望するためのひとつの模範的な手がかりであると思われる前記の川崎市都市憲章(条例原案)を一べつしておくなら、それは、前文から始まり、平和・市民主権・自治を定めた第一編、人権宣言と都市建設、市の役割・任務を内容とした第二編、最高性と改正を定めた第三編から成っており、その中には、平和権、環境権、住宅への権利など斬新で先進的な権利が宣言されている。その「自治体憲法」としての意義については、論者が、立ち入った検討を加えた上で、同憲章は、住民の具体的な生活サイクルという視点から、諸人権を再編成・整序し、自治体の諸政策を体系化し方向づけるための嚮導的規範たりうるものであると評価しているが、そのような重要な意義を見出すことができるであろう。^(四)

(四) 「自治体憲法」の制定については、現行法体系上それが果たして許容されるか、という問題が提起されえよう。「自治体憲法」たる憲章は、国法構造の中で「日本国憲法→憲章→条例」という順序の中間に位置づけられるが、^(四)法形式としては、川崎市の場合もそのように構想されているごとく、条例の形式を採ることになる。条例の中の、いわば「基本条例」という性格をもつと考えてよいのではないかとすれば、そこには、条例制定権の範囲と限界にかんする一般原則(本稿ではII-1)が妥当し、それに反しない限り、自治体住民と自治体は、これを自己の自治立法権にもとづいて、内容上・手続上とも自由に制定することができるとしなければならぬ。

また、自治体憲法上の人権主体にかかわって、とりわけ注目すべきは、自治体住民としての定住外国人の問題であろう。焦眉の論点として地方選挙への参政権がクローズ・アップされているが、^(四)論者が説くように、形式論的な

「国民」主権の内実を修正し、少なくとも生活配慮を主とする地域的市民共同体にかんする参政権を定住の外国人に保障することは可能である、といえよう。

なお、地方自治体が国際場裡において活動することも、可能でありかつ期待されているところであるといえよう。示唆的な一例にとどまるが、本年（一九九二年）六月のリオデジャネイロにおけるいわゆる地球サミットが出した「アジェンダ21」は、地方自治体が、環境保護にあたる諸グループのひとつとして、「地方アジェンダ21」の採択、地方自治体間の情報・経験・技術支援の交換の奨励などの役割を担うべきことを宣言している。こうした自治体の国際的地位・役割についても、自治体憲法が定める事項となるものと思われる。

註

(102) 神奈川県逗子市においても、現在、「都市憲章」の制定作業が進行している。その注目すべき内容は、逗子市都市憲章調査研究会『逗子市都市憲章条例』を考える（報告書）（一九九二年三月二三日）から窺い知ることができる。この資料については、関根照彦氏の・記して感謝すべき助力を得ている。

(103) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程』I（一九七二年・有斐閣）三〇一頁。（一）内は翻訳者による。

(104) 詳細は、参照、山下・小林・註2七二―七四頁（小林執筆）。

(105) 同右註2二二―二三五頁（山下執筆）。

(106) また、近年、極めて多くの自治体で進められている「非核都市宣言」も、憲法原理である平和主義の実現に向けての自治体の長期的な展望を示すものであり、性格上、「自治体憲法」とつながるものといえよう。

(107) 山下・小林・註2二三〇頁（山下執筆）。

(108) 斎藤靖夫「日本国憲法と外国人労働者」佐藤進編『外国人労働者の福祉と人権』（一九九二年・法律文化社）七二頁。なお参照、徐龍達編『定住外国人の地方参政権——開かれた日本社会をめざして』（一九九二年・日本評論社）所収の各論文、とくに、長尾一紘「外国人の地方議会選挙権」。

IV 自治体の裁量権と国の裁判所——むすびにかえて

以上、自治体の裁量権をめぐるいくつかの問題を検討してきたが、これについての裁判所の審査のあり方にふれて、本稿のむすびとしたい。

1 国の裁判所に求められる自覚と自戒

自治体の裁量については、これまでに述べたように、一般の立法・行政裁量とは異なつた特質が認められる。すなわち、本稿の考え方からすれば、自治体は、国との関係では、地方自治権に支えられて可能な限り広範な裁量権行使を保障されるべきであり、他方、自治体が住民の権利実現に直接責任をもつものであることから、住民によって強い民主的統制を受けることになる。そして、自治体が国に対して広い裁量権を主張しうるのは、それが住民生活の現地に在る団体として、住民の権利利益の擁護に貢献しうる存在であるからであり、またそうした住民要求に叶う政治を遂行している限りでその裁量が肯認される、という関係にある。したがって、自治体政治がこうした要請を満たさないものであるときには、憲法・法律をとおしてする国による関与が民主的統制の役割を部分的にせよ果たすことを期待されることになる。裁判所は、こうした諸側面を理解して自治体の裁量権問題について裁定を下さなければならないのである。

その際、同時に留意されるべきは、国の司法機関としての裁判所が自治体の裁量権の問題について審査するとき、それは意識すると否とにかかわらず、客観的に、自治体に対する司法的国家関与の機能を営んでいる点である。地方自治体が司法権を有しえないかについての議論はさておき、これを有していない現行法制の下では、自治

体関係の法的争訟についても、その裁定はすべて国の裁判所の手に委ねられており、それが国による一個の自治体統制の制度として機能しているわけである。たとえば、法解釈の問題についていえば、先に述べたような自治体の自主的解釈権の考え方にもとづくなら、法令解釈において国と自治体の間に対立がみられるときには具体的な訴訟をとおして裁判所の判断を待つのが制度上の仕組みであるという結論が得られるわけであるが、その場合でも、そこに登場する裁判所は、国の司法権を行使する裁判所にほかならない。そのことへの自覚と自戒が、司法には常に求められているのである。

もつとも、以上のことは、裁判所が、自治体の裁量権にかかわる争訟の法的判断において一般的画一的に謙抑的であるべきことを意味するものではない。むしろ、裁判所は、自治体の裁量権の特殊性、つまりは住民自治を基本とする地方自治原則に支えられ、また統制された裁量権であることを深く理解した上で、この原則に叶った裁量権行使である場合には、これを大いに擁護し、国による拘束を排除しなければならず、逆に、住民自治の要請にそぐわない自治体の施策については、その裁量権行使に堪える濫用・逸脱の有無を積極的に吟味することが期待されているものといわなければならない。

この点を、具体的な判決例に即して敷衍しておこう。

2 国家法代替条例に対する司法判断のあり方

本稿では、先に、公安条例・青少年条例・拡声機条例を事例的に取り上げつつ、本来は、国家的な統一法としての制定がはかられていたものが、政治的事情ないし意図から、自治体法の形式での制定コースへと転じた条例群をみた。そして、それらは、本質的に、地方自治体の自主的立法行為とはいえず、むしろ、国による自治体の自主立法権の篡奪であると解すべきである、とするのが私見であった。そのようにいうことができるのなら、こうし

た類の条例(多くはいわゆる行政事務条例である)については、裁判所は、条例の実体上の憲法適合性とともに、国による自治体の自主立法権侵害の有無について審査しなければならないことになる。それにもかかわらず、裁判所(最高裁を取り上げるが)は、地域間格差は条例制定権に本来的に内在しているものとして憲法上承認されているとの、それ自体は正当な論拠を、青少年条例などの事案についても直截に持ち出すことで、これら条例を合憲と判断しているわけである。次のように再検討されるべきものと思われる。

条例による地域的取扱いの差異と憲法一四条の法の下の平等との関係をめぐるリーディング・ケースは、一九五八年の東京都売春等取締条例(売春防止法制定前のもの)違反事件判決⁽¹⁰⁾であるが、法廷意見は、管理売春という同一の行為について、条例の禁止・処罰規定が地域ごとに区々であるため、取扱いに差が生じることは平等原則に反する旨の主張に対して、「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によつて差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである」ということから、「地方公共団体が売春の取締について各別に条例を制定する結果、その取扱に差別を生ずることがあつても、所論のように地域差の故をもつて憲法一四条に違反するとはいえない」とした。(なお、これには、下飯坂・奥野両裁判官の補足意見がある。それは、条例相互の内容の差異が、憲法一四条の原則を破るような結果を生じたときには、やはり違憲問題を生じ、たとえば、同種の行為について一地域では外国人のみを処罰するが、他の地域では外国人のみにこれを免除するといった各条例は、特段の合理的根拠のない限り憲法一四条に反する、としたものである。)

そして、この売春条例判決の判旨が、青少年に対するいわゆる「淫行」処罰規定が争われた一九八五年の福岡県青少年保護育成条例違反事件判決⁽¹¹⁾でも、そのまま踏襲されており、最高裁は、前記判例の趣旨から、「地方公共団体が青少年に対する淫行につき規制上各別に条例を制定する結果その取扱いに差異を生ずることがあつても憲法一

四条の規定に違反するものでない」と判示している。さらに、青少年条例の有害図書等規制についても、最高裁は、地域差があることをもって一四条に反するとはいえない、として右の趣旨を維持している⁽¹¹⁾。

もとより、条例の間に地域間格差が生じることは、既述のとおり(11三)参照、条例が自治体の自主法であることの中に内在する当然事である。しかし、そのことを根拠に、売春条例から青少年条例に至る各種の条例について、憲法一四条違反の疑いを一律に消し去ることは正しくない。(売春条例判決の補足意見の見地も、法廷意見の見解をやや弾力化したものとどまる。)論すべき問題が多々あるように思われる。

まず、一論者が主張するところの、そもそも国民ないし国全体に共通する事項については条例の対象とすべきでなく「刑事政策的見地から、国法が刑事犯として処罰することになっているものについて条例で特則を設けたり、自然犯的な性格をもつ道徳上非難されるべき行為について、刑事法規の不備を補うために条例で刑事犯を創設することはできない」⁽¹²⁾との論議を取り上げておくなら、これは、逆の一律論であって、自治体の自主立法権の範囲を狭めてしまう結果を招来するものとして賛同できない。この点は、——自治体の立法権の尊重と悪しき自治体立法の排除の必要との間にある一つのジレンマなのだが——、やはり、別の論者がいうように、現代社会においては自治体が住民の人身・財産を守るために条例で罰則を定めることの要請が高まっているとの認識に立つて、「自然犯的な刑法犯罪類似的犯罪の強化的処罰を条例で定めることも、当該地域における『住民の安全を保持する』(地方自治法二条三項一号)のために必要不可欠な罰則であることを支える立法事実が挙げられるかぎり、地方自治事務として可能であると解すべきであろう」⁽¹³⁾との理解に即して考えたい。

このように自治立法権を広く確保しようとする見解を前提にして、次に、問題となる条例につき、それらを個別に検討することになる。その際、本稿の観点からすれば、各条例(権利規制的な条例が祖上にのぼっているのだが)が住民のいかなる権利・自由を制限するものであるのか、および、各条例が自治体の自由な意思にもとづく真の自主立

法であるのか、つまり国が国家法の肩替りを自治体に強いたものではないのか等が、個別に観察されるべきであろう。

すなわち、思うに、住民の身体・財産の安全保持を本来的使命のひとつとする地方自治体が、そのために真に必要なものである限りで、国の刑法法規を補う罰則を条例で定めることが、自主立法権を尊重する見地から認められなければならない。そして、この処罰規定の置き方は、それがいかなる人権に向けられたものであるかによって当然に異なり、とりわけ、それが精神的自由権を規制するものであるときには、厳格な違憲審査に耐えることのできる必要最小限度のものであることが要求される。したがってまた、精神的自由規制を内容とする条例の間で処罰の地域差が生じるとき、その地域的格差が真に必要な不可欠であるか否かが厳密に検討されるべきであって、その立証責任は条例制定・運用者側が負う、という基準が一応立てられよう。

ただ、この場合、精神的自由権のような優越的地位にある人権については、そのことゆえに条例による規制は一切許されないという立場⁽¹³⁾もまた、妥当とはいいがたい。すなわち、すでに指摘されているように、公安条例にしても、交通事情など地方の特殊性に応じた、表現活動に対する条例による規制の可能性は抽象的には否定できないから、条例による規制が人権保障の観点から排除されると断言しうる場合はそう多くない⁽¹⁴⁾というべきであろう。後に言及するが、青少年条例の淫行処罰規定のような場合が、これに該る稀な事例であると思われる。

さて、条例を各別に考えるに、売春取締条例は、それにより禁止される行為が保護に値するものといえないから、各条例間の地域間の格差が憲法一四条に反しないかについても、その点では、厳しい精査を要しない、とされよう。ただ、後に売春防止法が制定されてそこに各地の条例が吸収されたことが示すように、売春取締条例は、右法の成立が難航していた時期の代替物であったという歪さをみないわけにはいかない。その点で、自主立法の資格に欠けたものではなかったか。

より大きな問題は、いうまでもなく、公安条例、屋外広告物条例、拡声機条例、青少年条例など、精神的自由を規制する条例にかかわって生ずるが、最高裁は、売春取締条例における判示をそのまま青少年条例の事案で援用したように、差別的取扱いを受けたとされる権利・利益について、その個別の価値ないしは性格に配慮していない。しかしながら、前者の規定する、保護価値のない管理売春の禁止と、後者が定める、憲法一三条ないし二一条の保障を一般的に受けるべき青少年に対する性行為ないし図書販売等に対する禁止とは、異なる司法審査方法が向けられてしかるべきである。⁽¹⁸⁾ もっとも、公安条例、屋外広告物条例、拡声機条例などの、表現活動を対象にした条例についても、先に述べたように、それらによって地方の特殊性に応じた規制をなしうることが理論的・抽象的には否定されない。しかし、その場合でも、それら条例により規制を受ける住民の自由権の優越的地位にかんがみて、地域的格差が真に必要なものであるかについて厳格な審査が、当然になされなければならない。しかも、現実の公安条例や拡声機条例は、すでに指摘したように、国法を代行するものとして国家主導のもとに制定されているものである。

さらに、青少年条例による淫行処罰の場合は、憲法一三条の問題とともに、地域間格差について、最高裁判決に付された伊藤反対意見のような指摘がなされることになる。すなわち、「わが国のように、性及び青少年の育成保護に関する社会通念についてほとんど地域差の認められない社会において、青少年に対する性行為という、それ自体地域的特色を有しない、いわば国全体に共通する事項に関して、地域によってそれが処罰されなかったりし、また処罰される場合でも地域によって科せられる刑罰が著しく異なるなどということは、きわめて奇異な事態であり、地方公共団体の自主立法権が尊重されるべきものであるにせよ、一国の法制度としてはなほだ望ましくないことであるといわなければならない」ことを指摘した上で、「淫行」の意味を限定して解釈することによってこの地域差が少なくなるとしつつ、そのような解釈は条例の文言からは合理的に読みとれず、したがって犯罪の構成要件

の明確性の要件を充たさず、当該条例は憲法三一条に違反する、とするものである。こうした見解は、支持されてよいものであって、よりつきつめていえば、淫行処罰などの場合には条例制定が原則として排除されると解すべきであろう。また、青少年条例の有害図書規制の場合も、青少年保護を目的としたこの規制に地域性はほとんど見出しがたいから、原則として条例の制定対象とはなりえないものと思われる。この点で、前掲判決における伊藤補意見は、有害図書の規制は青少年に対する性行為の規制に比して、地域の事情を勘案した上での政策的判断の余地が大きく、地域差のあることが許容される範囲が広い、^(四)というが、私には疑問である。なお、また、先の伊藤反対意見の中に「地方公共団体の自主立法権が尊重されるべきものであるにせよ」とする個所があるが、本稿の見地からすれば、ここにいる国家法代替型の条例について裁判所がこれを合憲とすることは、決して地方自治体の自主立法権を尊重することにはならないとしなければならない。

結局、これらの条例については、裁判所は、それらがおしなべて国家法の肩替りをさせられた代替的性格のものであるとの事実認識に立った上で、違憲とされるものには違憲の判断を示し、自治体に対して、真にそれが必要であると自治体住民が判断することを前提に、厳密に憲法上の要請に適合した・文字どおりの自主法たる条例を制定しなす条件をつくることが本来のあり方である、と思われるのである。

総じて、裁判所には、自治体の裁量権の特質、つまりは地方自治権に支えられた自主的な裁量権行使の保障と、その根底をなす住民自治にもづく民主的統制の確保との両面を正しく理解した司法審査権の行使が求められるのである。しかし、その実現のためには、今日なお、国の裁判所にとって、そしてまた地方自治体の側においても、解決されるべき課題は少なくないといわなければならない。

「自治体の裁量権」というテーマをめぐるのは、本稿で扱った事柄の他に、自治体計画や自治体の国政参加と裁

量の関係、都道府県と市町村とでの裁量権の差異と関係など、検討されるべきテーマはまことに多いが、それらをすべて後日の課題として、とりあえず以上にとどめたい。

註

- (109) 最大判一九五八・一〇・一五刑集一二卷一四号三三〇五頁。
- (110) 最大判一九八五・一〇・二三刑集三九卷六号四一三頁。
- (111) 最判一九八九・九・一九刑集四三卷八号七八五頁。
- (112) 成田・註21二一〇―二一一頁。
- (113) 兼子仁『条例をめぐる法律問題』(一九七八年・学陽書房)一一一頁。なお、この段落の叙述は、樋口陽一ほか『注釈日本国憲法』下巻(一九八八年・青林書院)一四一七―一四一八頁(中村睦男執筆)に拠っている。
- (114) たとえば、参照、江橋崇「公安条例判決の動向」ジュリスト六〇五号(一九七六年)二三頁。
- (115) 浦田一郎「条例制定権の範囲と法理」別冊法学教室『憲法の基本判例』(一九八五年)二二一頁。
- (116) 参照、戸松秀典『平等原則と司法審査』(憲法訴訟研究Ⅰ、一九九〇年・有斐閣)三二二頁。
- (117) 伊藤正己『憲法(新版)』(一九九〇年・弘文堂)二四六頁。

追記 本稿は、日本公法学会第五七回総会(一九九二年一〇月一〇・一一日、於中央大学)の第二部会(メイン・テーマ「国家権力と裁量」)における私の報告「自治体の裁量権」のための作業を土台とするものである。右報告の要旨は、今秋刊行の『公法研究』五五号に掲載される予定である。

(一九九三年四月三〇日 記)